

CONTINUA la sustancia de procedimiento y los de indicados
ADICIONALES en el aparte c) del numeral 5.º en el sentido de
ordenar la investigación de esta decisión en la Oficina de Registro y
existir exhorto a las respectivas notificaciones para los efectos correspondientes
en la parte motiva del fallo.

GOBIERNO FEDERAL DE LA REPUBLICA ARGENTINA
SECRETARÍA DE JUSTICIA Y LEGISLACION

J. MANUEL LÓPEZ

ALBERTO OPIAIN BOTERO
LEONEL GUINIBERTI

Carlos E. Fernández
Secretaría

PROCESO DE LAS CIENCIAS JURIDICAS EN EL SIGLO XX

B. Mantilla Pineda

Es provechoso en sumo grado para el jurista echar una mirada a los antecedentes de las disciplinas que cultiva y constatar a través de los mismos cómo se ha llegado al estado actual de conocimiento jurídico sea científico o filosófico. Las fuentes del conocimiento: la razón y la experiencia; las formas de razonamiento y las actitudes ante las doctrinas o teorías en boga son constantes formales limitadas en número, pero susceptibles de diversas y variadas combinaciones y potencialmente inagotables en nuevos contenidos. Racionalismo y empirismo, jusnaturalismo y positivismo jurídico, bajo distintos nombres y matices, pretenden guiar y orientar el pensamiento jurídico en los últimos cincuenta años. Afirmando y negando, investigando y criticando, dialogando y polemizando, brillan nuevas luces, se abren horizontes y se avizoran senderos hacia verdades inéditas.

No se necesita gran agudeza mental ni demasiada erudición para reconocer el proceso por el cual ha pasado el pensamiento jurídico desde la teoría crítica de Emil Lask inspirada en el neokantismo bádense hasta el empirismo de Alf Rooss, el destacado sucesor de los maestros de la escuela de Upsala. Brevemente, ya que así nos exigen

el tiempo y el espacio de que disponemos, trazaremos aquí el trayecto recorrido por el pensamiento jurídico entre los dos nombres citados como mojones representativos.

I — EMIL LASK: LA TEORIA CRITICA DEL VALOR.

Lask se encuentra en su tiempo frente a dos tipos de conocimiento jurídico opuestos: el jusnaturalismo, asediado por la crítica de Bergbohm pero aún latente y vivo, por una parte, y el positivismo triunfante y dominante por otra. El uno tiene la especulación como método y lo trascendente como fundamento; el otro exalta el hecho y se confina dentro de los límites del mundo sensible como única realidad. "El Derecho Natural, dice Lask, quiere sacar mágicamente de la absolutidad del valor el substrato empírico; el Historicismo (o positivismo) quiere sacar mágicamente del substrato empírico lo absoluto del valor. El Derecho Natural, destruye, es verdad, la autonomía de lo empírico por la hipostasiación de los valores; por ello incurre, como vimos, en el error de la ahistoricidad. Sin embargo, el hecho de haber creído de alguna manera en normas intemporales, más allá de la historia, no ha sido, como muchos piensan, un error refutado por el esclarecimiento histórico del presente, sino que ha sido su mérito inmortal. El Historicismo, por el contrario —no la Historia ni la misma concepción histórica del derecho—, destruye toda Filosofía y concepción del mundo. El constituye la forma más moderna y más peligrosa del relativismo, o sea la nivelación de todos los valores. El Derecho Natural y el Historicismo son los dos escollos de los que debe cuidarse la filosofía del derecho" (1). Y de los que debe cuidarse la ciencia del derecho.

La teoría crítica del valor propuesta por Lask pretende librar al conocimiento jurídico de los escollos del racionalismo y el empirismo. Para esta teoría, "a diferencia de toda teoría platonizante dualista, la realidad empírica y, por ende también, la de la vida histórica, vale como la *única* especie de realidad, pero al mismo tiempo como la escena o el substrato de los valores supraempíricos, de las significaciones de validez universal. Por esto admite tan sólo una *teoría jurídica* monista y para ella hay *únicamente una especie de derecho: la realidad jurídica empírica* que se desarrolla históricamente. Pero de la necesaria distinción entre valor y substrato empírico del valor, deduce la bidimensionalidad fundamental del *modo de consideración*, esto es, el dualismo del método filosófico y del empírico" (2).

El derecho es a la vez para Lask valor y conducta humana. El valor en cuanto categoría cualitativa es un dato supraempírico. La conducta es un hecho que transcurre en el espacio y el tiempo. Del valor se ocupa la filosofía del derecho y de la conducta la ciencia jurídica. "Ambas, según Lask, no pueden entrecruzarse" (3). La distinción del valor y realidad, principio metódico propio del kantismo y neokantismo, es indudablemente un principio eurístico de fecundas construcciones científicas. A él ha rendido tributo de manera especial Hans Kelsen, no menos que Gustavo Radbruch.

Desde otro punto de vista la distinción metódica de valor y realidad puede producir en el plano jurídico una nueva división del campo científico. Cualquier hecho social o cultural, el jurídico inclusive, puede dividirse en último análisis en un aspecto formal y otro material. Lask tuvo a la vista en el campo de la sociología el caso de Simmel y en el del derecho la insistencia de Jellinek. "En la actualidad, sobre todo Jellinek, al que ya se han adherido Kistiakowski, Hold v. Ferneck y otros, ha insistido en una distinción entre Jurisprudencia y Teoría social del Derecho... El dualismo metódico de la ciencia jurídica, se basa en el hecho de que el Derecho o puede ser considerado como un factor *real* de la cultura, como un suceso de la vida social, o puede ser examinado, como un complejo de *significaciones*, más exactamente de significaciones normativas, acerca de su contenido dogmático" (4). De aquí a la teoría pura del derecho no hay sino un paso.

II. — HANS KELSEN: LA TEORIA PURA DEL DERECHO.

"Un dualismo fundamental y la tendencia a superarlo estableciendo una visión monista del mundo, caracterizan nuestro pensamiento" (5), escribía Kelsen en la introducción a *Sociedad y Naturaleza*. En la ciencia del derecho, así como también en la sociología y la política kelsenianas, se cumple estrictamente el derrotero metódico que se trazara a sí mismo el insigne maestro vienés. Por virtud y gracia del dualismo metódico, el pensamiento jurídico de Kelsen es un perpetuo debate con el jusnaturalismo y cualquiera ideología, no menos que con el empirismo.

Kelsen ha criticado el derecho natural a través de toda su producción jurídica. No es la manía de discutir ni el prurito positivista de negación de la metafísica, lo que anima y vigoriza su crítica, sino el propósito firme y consciente de aclaración y construcción de la ciencia jurídica. La coherencia lógica y la unidad metodológica, son en su

concepto los caracteres distintivos de la ciencia jurídica. En su juicio, el jusnaturalismo carece de ambos caracteres. Carece de coherencia lógica porque supone una fuente trascendente del derecho positivo; porque no distingue entre derecho y justicia, así como tampoco distingue suficientemente el derecho de la moral; y porque deduce la validez del derecho positivo de la justicia, sobre cuyo sentido reina completo desacuerdo. Y carece de unidad metodológica porque aplica a un mismo objeto tanto el método de las ciencias naturales como el de la moral.

Kelsen critica también con energía el empirismo jurídico, especialmente en su forma de psicologismo jurídico, porque desconociendo la distinción fundamental de ser y deber ser, confunde el hecho psíquico determinado causalmente con el orden normativo. Lo psíquico puede integrar el contenido de una norma de derecho, pero jamás equipararse al orden normativo. Psicología y derecho son ciencias muy distintas, porque la una tiene por objeto una serie de hechos del mundo real y la otra un sistema de normas, es decir, de significaciones que en último término pertenecen a un mundo ideal, denominado por Kelsen *deber ser*.

La teoría pura del derecho es una teoría del derecho positivo en general y no de un derecho particular. Con esta definición Kelsen se alinea en la dirección de la jurisprudencia analítica de John Austin, que conoció más tarde, y de la teoría general del derecho de Bergbohm, Merkel, Bierlig, etc. Kelsen confiesa profesar el positivismo jurídico, pero un *positivismo jurídico consecuente*, radical. Como una consecuencia de los postulados positivistas, elimina de la ciencia del derecho todo lo que no es derecho. Elimina la teología y la política, disciplinas altamente ideológicas, así como también la biología, la psicología y la sociología, ciencias de la realidad espacio-temporal. El derecho ciertamente es un fenómeno social y la ciencia del derecho una ciencia social, pero los fenómenos sociales pueden ser estudiados desde diferentes puntos de vista. Dos a lo menos en el caso de la metodología de Kelsen: el de la legalidad causal y el de la normatividad, o en otras palabras: el del *ser, naturaleza o realidad*, y el del *deber ser, valor o idea*. De conformidad con el punto de vista metodológico, las ciencias sociales pueden ser: o causales como la sociología, o normativas como el derecho y la moral.

La ciencia del derecho es una ciencia social normativa. Esto no significa que tenga por finalidad prescribir una conducta determinada ni dictar normas aplicables a la conducta de los individuos, sino solamente describir las normas y las relaciones sociales que ellos es-

tablecen. Una norma es un esquema de interpretación de la conducta jurídica o antijurídica. El derecho es un sistema de normas coercitivas. La teoría pura del derecho responde a dos preguntas fundamentales: qué es el derecho positivo y cómo es el derecho positivo. A la primera pregunta da respuesta la *Estática jurídica* y a la segunda la *Dinámica jurídica*. La teoría pura se ocupa en síntesis del sistema de normas de derecho y de los actos por los cuales se aplica y se crea el derecho.

El aporte de Kelsen a la ciencia del derecho es imponderable. Baste señalar aquí su descubrimiento de la Lógica jurídica y la formulación de sus principios y elementos fundamentales. Antes de Kelsen la ciencia jurídica trabajaba con la *lógica del ser*. A partir de Kelsen debiera trabajar con la *lógica del deber ser*, cuyo principio esencial es el de la *imputación*, o sea de la relación entre la condición jurídica y la consecuencia jurídica. La imputación ilumina a su vez la estructura de la norma jurídica. Su fórmula no es la del juicio categórico sino la del juicio hipotético. Si A es, *debe ser* B. Las innovaciones de Kelsen han enriquecido y fecundado la ciencia del derecho. Raras veces la ciencia del derecho ha recibido un estímulo y un impulso más poderosos. Sus negaciones y afirmaciones han agitado las mentes de los juristas y estudiosos del derecho en todo el mundo. Su influencia directa o indirecta en América Latina es considerable.

III. — GIORGIO DEL VECCHIO: LA FORMA LOGICA DEL DERECHO

Hace poco más de medio siglo, cuando Del Vecchio buscaba para sí mismo orientación filosófica, imperaban aún en las aulas universitarias de Roma y Berlín el positivismo y el idealismo neohegeliano, filosofías inadmisibles para él, porque en aquél sólo se toma el aspecto empírico y en éste se identifica la idea con el hecho, lo real con lo racional. La miopía positivista y el absurdo hegeliano, estimularon a Del Vecchio a buscar un tercer camino. Para ello apeló a Kant y al idealismo de Fichte y Schopenhauer.

En lo que se refiere al conocimiento jurídico, Del Vecchio plantea el problema en términos kantianos: Cómo es posible la experiencia jurídica? Así como el conocimiento de la naturaleza supone elementos a priori y a posteriori, así también el conocimiento del derecho exige elementos formales y materiales. Se trata de un problema gnoseológico en el que la explicación lógica excluye la génesis psicológica de los conceptos. En el derecho hay elementos formales o a

priori y elementos materiales o a posteriori. Los primeros condicionan todo derecho posible y a la vez son las unidades conceptuales con las cuales opera el conocimiento científico. Así, por ejemplo, es una forma a priori del conocimiento jurídico la forma lógica del derecho. El positivismo erró fundamentalmente al intentar alcanzarla inductivamente. Como forma lógica el derecho habita *in interiori hominis*, pero tiene un valor objetivo en cuanto corresponde a la realidad y una sede subjetiva en cuanto está inserto en la mente. Es una forma lógica que queda comprobada aun en el mismo hecho de la variedad jurídica.

El derecho y la moral brotan de un mismo principio ético, el principio de la conducta humana. El primado lógico del sujeto cognoscente sobre la naturaleza física, tiene a su vez su repercusión en la ética. Si en lo físico el hombre está encadenado al rígido orden de la casualidad, en lo ético es autónomo y se determina a sí mismo. Considerado como agente moral, "en su calidad de ser inteligible, dice Del Vecchio, el hombre lleva en sí mismo la posibilidad de determinarse y la naturaleza sólo es el medio o el campo en el cual sus determinaciones vienen a desenvolverse y tomar forma sensible" (6). La ley fundamental del obrar se bifurca en un orden ético subjetivo (moral) y uno objetivo (derecho). "El primero se recibe cuando se considera las acciones en relación con el mismo sujeto agente (a parte subjecti), de modo que al *hacer* se contraponen lógicamente el *omitir*; el segundo, cuando las mismas acciones son consideradas en su posible interferencia (*objetiva*) con las de otros sujetos, de modo que el *hacer* se evalúa en antítesis con el impedir" (7).

El derecho es la coordinación objetiva de las acciones posibles entre varios sujetos, según un principio ético que las determina, excluyendo todo impedimento. Sus notas esenciales son la objetividad, la bilateralidad, la exterioridad y la coercibilidad. La *positividad* no pertenece a la esencia del derecho. De ahí que la universalidad de la forma lógica del derecho comprenda al llamado derecho natural y al derecho positivo. Del Vecchio define este último como "el sistema de normas jurídicas, que informa y regula efectivamente la vida de un pueblo en un determinado momento histórico" (8). La noción universal del derecho es una de las grandes contribuciones de Del Vecchio a la ciencia del derecho.

IV. — CARLOS COSSIO: LA TEORIA EGOLOGICA DEL DERECHO

Junto a Kelsen y a Del Vecchio, Carlos Cossio es uno de los grandes maestros del pensamiento jurídico en el siglo XX. Sus ideas so-

bre el objeto y el método de las ciencias jurídicas son de una claridad meridiana y una utilidad inmediata. El objeto de las ciencias jurídicas es el derecho, obviamente. Pero, qué es el derecho? "A nosotros, dice Cossio, nos parece que al derecho se lo intuye en la conducta y no en ninguna otra parte" (9). Ontológicamente el derecho hace parte de los objetos culturales, que Cossio a su vez divide en objetos mundanales y objetos egológicos. Estos últimos son los actos humanos en su interferencia intersubjetiva. El derecho es plenaria vida humana desde cierto ángulo de visión.

En contra del racionalismo jurídico, Cossio sostiene enfáticamente que el objeto de las ciencias jurídicas no son las normas, sino la conducta humana en interferencia intersubjetiva. El asunto es claro, aunque haya sido la piedra de escándalo del racionalismo o formalismo jurídico. Las normas —para Cossio— son conceptos mediante los cuales pensamos la conducta humana en interferencia intersubjetiva. Cosa análoga ocurre en todas las ciencias de hechos sea la física o la química, donde los conceptos y juicios están en función de los objetos a que se refieren. Lo que interesa a las ciencias no son conceptos vacíos, sino llenos. Y en contra del empirismo jurídico, Cossio sostiene que los objetos culturales y entre éstos los objetos egológicos constituyen un objeto de experiencia distinto radicalmente de los objetos naturales. "Mientras éstos, dice el maestro argentino, constituyen una experiencia de necesidad gobernada por la indentidad de las causas con los efectos, la conducta humana constituye una experiencia de libertad donde la creación de algo original surge a cada instante. Es por esto que a la conducta como conducta, es decir, a la conducta en su libertad, no la podemos pensar como un ser, según la pretensión del empirismo, sino como un deber ser existencial" (10). He aquí uno de los aciertos geniales de Cossio y una de sus grandes contribuciones al pensamiento jurídico del siglo XX: la conducta humana en su interferencia intersubjetiva *no es experiencia de necesidad sino de libertad*. Así se supera la controversia estéril entre racionalismo y empirismo jurídicos.

Es un principio metodológico reconocido la adecuación entre objeto y método. En la elección del método deben influir tanto la naturaleza del objeto como el fin que persigue la investigación científica. En el conocimiento de los objetos culturales, que se caracterizan por tres notas: la existencia ideal, el caer dentro de la experiencia y el ser valiosos positiva o negativamente, distingue Cossio dos momentos: el acto de la conciencia o acto gnoseológico y el método. El acto de conocimiento de los objetos culturales y por tanto de los objetos ego-

lógicos es la *comprensión* y su método el empírico dialéctico. "Los bienes como tales, anota Cossio, no se conocen por inducción, pues en su conocimiento nada se generaliza... Se conocen en forma dialéctica pasando de la materialidad del substrato a la vivencia de su sentido espiritual, y viceversa; acreditándose el carácter empírico de esta dialéctica tanto por la realidad del substrato cuanto por la realidad de la vivencia" (11).

V. — ALF ROSS: EL REALISMO JURIDICO.

Alf Ross expresa reiteradamente su adhesión a la filosofía empirista y al realismo jurídico de los maestros escandinavos Hägersström, Lundstedt. La teoría realista del derecho se sitúa dentro del empirismo filosófico, que rechaza de plano cualquier intento de conocimiento metafísico y que reafirma la unidad del mundo y del conocimiento-monismo. "Toda ciencia, en último grado, dice Ross, se ocupa del mismo cuerpo de hechos, y todos los enunciados científicos acerca de la realidad, esto es, aquellos que no son de carácter puramente lógico matemático, están sometidos al test de la experiencia... Como todas las otras ciencias sociales, la ciencia del derecho tiene que ser, en último análisis, un estudio de fenómenos sociales, la vida de una comunidad humana; y la tarea de la filosofía jurídica debe consistir en la interpretación de la vigencia del derecho en términos de efectividad social, esto es, de una cierta correspondencia entre un contenido normativo ideal y los fenómenos sociales" (12).

Hay sin duda varias teorías realistas del derecho, pero todas están de acuerdo en interpretar la vigencia del derecho en términos de efectividad social de las normas jurídicas. El realismo psicológico, por ejemplo, ve la realidad del derecho en hechos psicológicos. Una norma es vigente si es aceptada por la conciencia jurídica del pueblo. El hecho de que tal norma sea aplicada por los tribunales es, según este realismo, derivado y secundario. Por su parte, el realismo conductista ve la realidad del derecho en la práctica de los tribunales. Una norma es vigente si hay fundamentos suficientes para suponer que será aceptada por los tribunales como base de sus decisiones. Aquí la conciencia jurídica del pueblo pasa a segundo término. La posición personal de Ross es un realismo mixto. "Mi punto de vista, dice, es conductista en la medida en que busca hallar consistencia y predecibilidad en la conducta verbal, exteriormente observada del juez. Es psicológico, en la medida en que la aludida consistencia es la de un todo coherente de significado y motivación, únicamente po-

sible sobre la base de la hipótesis de que en su vida espiritual el juez se halla gobernado y motivado por una ideología normativa cuyo contenido conocemos" (13).

La ciencia del derecho es una ciencia social empírica. Esto significa que no interpreta las proposiciones acerca del derecho vigente "como proposiciones que aluden a una validez inobservable o fuerza obligatoria derivada de principios o postulados *a priori*, sino como proposiciones que se refieren a hechos sociales" (14). El derecho es un hecho social de doble faz: la acción y la norma. Del derecho como acción se ocupa la sociología jurídica y del derecho como norma la ciencia del derecho propiamente dicha. La primera estudia la conducta jurídica y las ideas jurídicas que operan en esta conducta. No puede ser separada de la ciencia del derecho, porque la conducta jurídica sólo adquiere su carácter específico cuando está en relación con las normas del derecho vigente. La segunda, es decir, la ciencia del derecho estudia el contenido abstracto de las normas jurídicas. Se dirige a lo siguiente: a) descubrir el contenido ideal —podríamos también llamarlo ideología— que funciona como esquema de interpretación para el derecho en acción; y b) exponer esta ideología como un sistema integrado" (15).

Las investigaciones de Ross en su obra *Hacia una ciencia realista del derecho* están encaminadas a superar el dualismo de *realidad* y *validez* en el derecho, dualismo en cuyos extremos coloca la teoría jurídica realista y la teoría jurídica idealista. Kelsen está incluido en esta última. Ha tenido éxito Ross en su intento? Parece que no lo ha tenido. En verdad, recae en el realismo interpretando la experiencia jurídica como experiencia de necesidad en vez de libertad y tomando las normas jurídicas como proposiciones de ser.

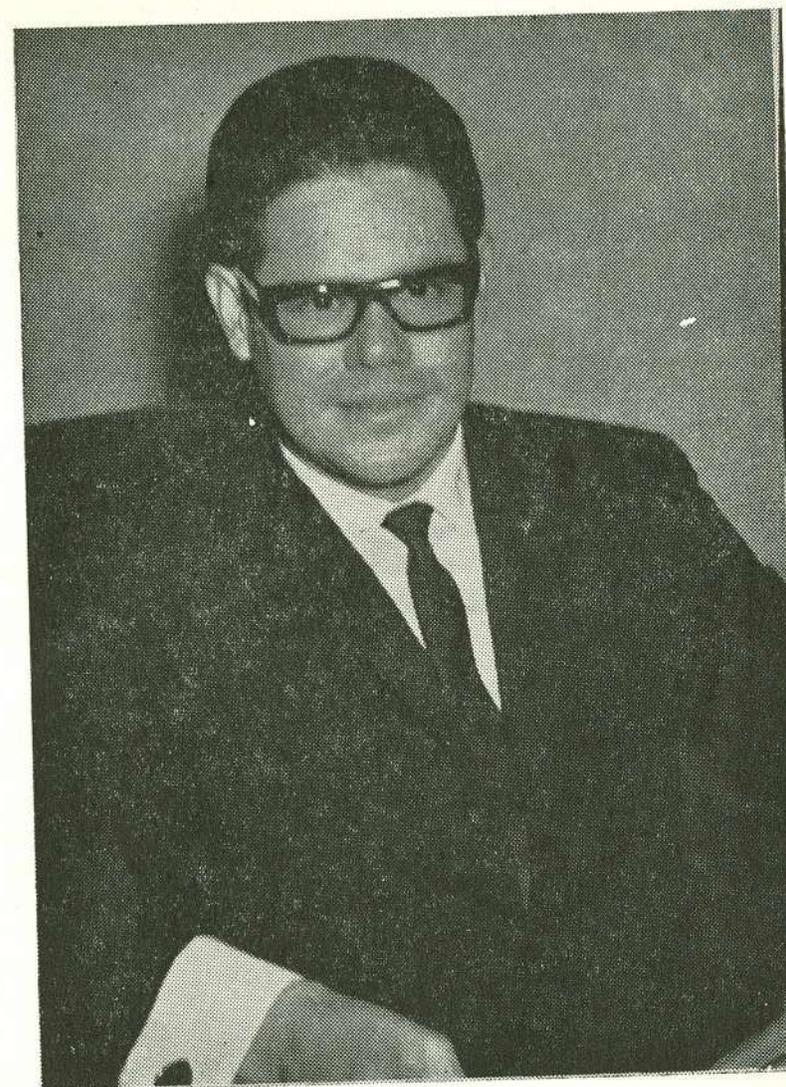
Por dondequiera que miremos en el extenso campo del pensamiento jurídico del siglo XX, encontramos innumerables investigadores animados de una cálida inquietud de renovación de la estructura y el contenido de las ciencias jurídicas. Procedentes de diversas direcciones filosóficas, convergen en un punto esencial: insuflar nueva vida y espíritu a la dogmática jurídica tradicional. Son muy conocidos los ensayos de una nueva ciencia del derecho llevados a cabo por Adolfo Reinach y Wilhelm Schapp. Afín parcialmente al espíritu de estos ensayos es la contribución de Fritz Schreier dirigida a remozar la teoría fundamental del derecho y también de manera mediata las ciencias dogmáticas del derecho. Fecundas a mi modo de ver son las sugerencias de Helmut Coing acerca de las estratificaciones ontológicas de la realidad y de la conveniencia de aplicar al

derecho los métodos de las ciencias del espíritu. De la filosofía contemporánea son luminosas en orientaciones metodológicas para el conocimiento del derecho las ideas de Nicolás Hartmann sobre el ser espiritual, de Martín Heidegger sobre la existencia y de Karl Jaspers sobre la filosofía de la historia, que incluye necesariamente la reflexión sobre la organización social en el orden moral y jurídico y sobre la estructura y la función del Estado.

Hay por dondequiera un fermento de ideas y doctrinas, una ebullición espiritual y una creación y difusión de directrices gnoseológicas, que van a desembocar necesariamente en innovaciones fundamentales y de envergadura de las ciencias jurídicas y de la filosofía del derecho. Mientras llega ese día, cumpliremos humildemente nuestra tarea de conservar y transmitir el legado del pensamiento jurídico que nos ha sido confiado.

BIBLIOGRAFIA:

- 1 Lask, Emil: Filosofía jurídica, ps. 27-8, Editorial Depalma, Bs. Aires, 1946.
- 2 Idem.: ps. 7-8.
- 3 Idem: p. 9.
- 4 Idem: p. 63.
- 5 Kelsen, Hans: Sociedad y naturaleza, p. 1, Editorial Depalma, Bs. Aires, 1945.
- 6 Del Vecchio, Giorgio: Supuestos, concepto y principio del derecho, p. 253. Bosch, Barcelona, 1962.
- 7 Idem: p. 257.
- 8 Del Vecchio, Giorgio: Lezioni di filosofia del diritto, p. 254, A. Giuffrè —Editore, Milano, 1963.
- 9 Cossio, Carlos: La teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de la libertad, p. 124, Editorial Losada, Bs. Aires, 1944.
- 10 Idem: p. 25.
- 11 Idem: p. 25.
- 12 Ross, Alf: Sobre el derecho y la justicia, ps. 66-7, Eudeba, Bs. Aires, 1963.
- 13 Idem: p. 72.
- 14 Idem: p. 39.
- 15 Idem: p. 19.



DR. CARLOS GAVIRIA DIAZ